Der Geschäftsabschluß des Geschäftsführers einer G. m. b. H. mit der von ihm vertretenen Gesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. d. L.

vorgelegt von

Hans Krönig
Gerichtsreferendar
aus Münster.

Marburg 1930

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Robert Kleinert, Quakenbrück

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. Juni 1930.

Berichterstatter: Geh. Just.-Rat Prof. Dr. Manigk.

Meiner Mutter!

Inhaltsübersicht.

Schriftenverzeichnis.

Biermann: Bürgerliches Recht, Band I, 1908.

Brodmann: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1924.
— G.m.b.H. und § 181 BGB. in JW. 1925, S. 596.

Crüger-Crezelius: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 6. Auflage, 1922.

Denkschrift: Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.
— Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. I: Die allgemeinen Lehren, 1902.

Doms: Die Stellung des Gesellschafters der G.m.b.H. zur Gesellschaft bei Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand. Diss. Breslau 1913.

Dopatka: Umfang und Wirkung des Selbstkontrahierens. (Vornahme von Geschäften mit sich selbst.) Diss. Breslau, 1909.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Band I, 2. Auflage, 1908.

Eccius: Preußisches Privatrecht Band I, 7. Aufl., 1896.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts III. Band 3. Abteilung, 1929.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 1. 25.—29. Aufl., 1926.

Flechtheim: Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen. JW. 1925, S. 564 ff.

Feine: Siehe Ehrenbergs Handbuch.

Fülster: Die rechtliche Natur der Untervollmacht. Gießen 1928.

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd. I und II, 5. Auflage 1927.

— Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. I. Der Ausschluß des Stimmrechts bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In LZ. 1907, Spalte 460 ff.

Hanke: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach dem BGB. Diss. Breslau 1927.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Band II, 1907.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, Allgemeiner Teil, 1900.

Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Kiehl: Inwieweit fällt ein vom Bevollmächtigten mit dem von ihm für seinen Vollmachtgeber bestellten weiteren Vertreter abgeschlossener Vertrag unter den § 181 BGB. In LZ. 1925 Spalte 807 ff.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906.

Kretschmann: Der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Leipzig 1910.

Kümper: Die rechtliche Natur der Erfüllung von Schuldverhältnissen. Diss. Marburg 1929.

Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 7. Auflage, 1927.

Löwenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I, 2. Auflage, 1926.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1907.

— JW. 1922, S. 902 f.

Merzbacher-Krakenberger: Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 9. Auflage, 1928.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band I, 1888.

Neukamp-Becker: Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5.—7. Aufl., Berlin 1922.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.

Pinzger: Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1914.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 4. Aufl., 1913.

Predari: Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsabschlusses in sich selbst. (§ 181 BGB.) In Gruchots Beiträge, Bd. 63, S. 675 ff.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I, 1897.

Reichsgerichtsräte-Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, 6. Aufl., 1928.

Römer: Rechtsgeschäft des Vertreters mit sich selbst. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XIX, S. 67 ff.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1929.

Rümelin: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg i. B., 1888.

Scholz: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in seiner neuesten Fassung, 1928.

Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925.

Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Recht. Bd. I. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Hälfte 14.—15. Aufl., 1928.

Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., 1929.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8., 9., 12. bis 13. Aufl., 1926.

— Kommentar zum Gesetz betr. die G.m.b.H., 1. Aufl., 1903.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Einführungsgesetz, Bd. 1. 9. Aufl., 1925.

Tuhr, von: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Hälfte, 1918.

Urban: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters im BGB. Diss., Straßburg 1907.

Warneyer: Kommentar zum BGB., Bd. I, 1923.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruchot-Beitr.), Bd. 56, 58, 63.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.) Band 6, 51, 52, 54, 56, 63, 64, 68, 71, 74, 75, 81, 85, 89, 99, 101, 103, 104, 106, 108, 109.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.), Band 8.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KG.), Bd. 26, 30, 37.

Juristische Wochenschrift (JW.) 1906, 1912, 1922, 1924, 1925.

Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht (LZ.), Bd. 1907, 1908, 1912, 1922, 1925, 1926.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGRspr.), Bd. 7, 11, 22.

Warneyer=Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warneyer), 1913.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XIX.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.) 1903, 1904, 1905, 1909.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Band 62, 70.

§ 1.
Einleitung.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren rechtliche Verhältnisse im Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (G.m.b.H.-Ges.) geregelt sind, ist als solche selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten (§ 13), sie ist Rechtssubjekt und somit eine juristische Person. Um nun auch von der juristischen Persönlichkeit Gebrauch machen zu können, benötigt die G.m.b.H. physische Personen, einmal solche, die den Willen der Gesellschaft bilden und ferner solche, die den Willen erklären und für sie handelnd auftreten.

Oberstes Willensorgan der G.m.b.H. sind die „Gesellschafter“, die regelmäßig ihre Beschlüsse in Versammlungen fassen (§ 48 G.m.b.H.-Ges.),[1] denn ihnen allein steht die Abfassung und Aenderung des Gesellschaftsvertrages zu, und somit liegt in ihrer Hand die Bestimmung über Größe, Gegenstand des Unternehmens und Sitz der Gesellschaft (§§ 2, 3, 53), und ferner unterliegt ihnen die Oberaufsicht über die Geschäftsführung im allgemeinen und über die Gestaltung der Finanzierung im besonderen (§ 46). Die Gesellschafterversammlung kommt jedoch nur als beschließendes Organ in Betracht. Die notwendige gerichtliche und außergerichtliche Vertretung dagegen steht gemäß § 35 den Geschäftsführern zu, deren Bestellung der Gesellschafterversammlung durch § 6 Abs. I in Verbindung mit § 46 Ziff. 5 zur Pflicht gemacht ist. Sie sind die eigentlich handelnden Organe der Gesellschaft.

Außer diesen beiden notwendigen Organen gestattet das Gesetz noch die Bestellung eines Aufsichtsrates (§ 52) oder „ähnlicher Organe“ (§ 82 Ziff. 3) auf Grund statutarischer Bestimmung.

---

[1]) Vergl. aber § 48 Abs. II. Auch kann in den Statuten eine völlig andere Regelung festgelegt werden (§ 45; Abs. II).

Die praktisch größte Bedeutung kommt wohl den Geschäftsführern zu, da ihnen die Führung der laufenden Geschäfte im Inneren und nach außen allein obliegt. Auf ihre rechtliche Stellung nach dem G.m.b.H.-Gesetz soll hier im Zusammenhang nicht eingegangen werden; nur wo es zur Lösung des zu behandelnden Problems notwendig erscheint, werden die einzelnen Bestimmungen näher betrachtet werden.

Es ist nun sehr leicht möglich, daß ein Geschäftsführer in die Lage kommt, selbst Verträge mit der von ihm vertretenen Gesellschaft abschließen zu müssen, z. B. er kauft bei der Gesellschaft oder verkauft ihr, er gewährt ihr ein Darlehen oder läßt sich ein solches gewähren, er wird von der Gesellschaft beauftragt, persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu bürgen. Nur von derartigen Geschäften soll im folgenden die Rede sein, die Verträge, die er in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer (Anstellung, Entlassung, Gehaltsfragen u. a.) abschließt, sollen außer Betracht bleiben.

Es handelt sich dabei um Rechtsakte individualrechtlicher Natur, bei denen ein Geschäftsführer seiner Gesellschaft als selbständige Einzelperson mit Interessen, die denen der Gesellschaft entgegenlaufen, gegenübertritt und als coordiniertes Rechtssubjekt um den Ausgleich dieser Interessen streitet und Verträge abschließt. Dies steht nicht in Widerspruch mit der Stellung des Geschäftsführers innerhalb der Gesellschaft; zwar darf der Geschäftsführer seiner Gesellschaft gegenüber nicht als vollkommen Fremder angesprochen werden, er ist und bleibt stets Teil eines Gesellschaftsorgans — doch geht er auch nicht ganz und gar in seiner Organstellung auf, er bleibt immer noch Rechtssubjekt mit eigenem Willen und eigenen Interessen, und als solcher kann er mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehung treten, wie jeder andere auch.[2]) Wie das aber rechtlich möglich ist, soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

---

[2]) Die im Schrifttum behandelte Streitfrage, ob der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber als „Dritter" angesehen werden darf, hat nur für die Anwendung des § 37 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz Bedeutung und berührt das hier behandelte Problem nicht.

Erster Teil.

Das Selbstkontrahieren des Geschäftsführers.

§ 2.

a) Das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB.), seine Entstehungsgeschichte und seine Anwendung.

Da die G.m.b.H. nach § 35 G.m.b.H.-Gesetz nur durch ihre Geschäftsführer nach außen handelnd hervortreten kann, besteht die Möglichkeit, daß der Geschäftsführer, wenn er persönlich mit der G.m.b.H. kontrahieren will, das Rechtsgeschäft im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen vornehmen muß. Hier greift nun § 181 BGB. ein. Er lautet:

> Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Den folgenden Ausführungen sei kurz die Geschichte der Entstehung des § 181 BGB. und einige Bemerkungen über die daraus zu folgernde Tragweite des Verbots vorangestellt, die von grundlegender Bedeutung für die Beantwortung der zu behandelnden Frage ist. In der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. war die rechtliche Möglichkeit des Selbstkontrahierens stark umstritten. Sie wurde vom Reichsoberhandelsgericht[1]) sowie von Eccius[2]) verneint. Von anderen wurde sie zwar bejaht, weil man eine direkte Stellvertretung anerkannte, so daß die Voraussetzung eines Vertragsschlusses, die Mitwirkung zweier

---

[1]) ROHG. 8, Nr. 95, S. 393..

[2]) A. a. O. Bd. I S. 426 ff.; weitere Literaturangaben bei Windscheid-Kipp II § 388, Anm. 14, und Enneccerus I,1 § 168, III.

Willen vorlag, jedoch wurde die Zulässigkeit wegen der Gefahr, die das Selbstkontrahieren für den Vertretenen mit sich brachte, verneint.[3]) Das Reichsgericht[4]) hat dann später auch die Zulässigkeit grundsätzlich bejaht, jedoch ein Verbot des Selbstkontrahierens in gewissen Ausnahmefällen anerkannt. Sehr eingehend hat sich Rümelin[5]) mit dem Problem befaßt. Er stellte genau umschriebene Voraussetzungen auf,[6]) wann das Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters und des gewillkürten Vertreters zulässig und wann es als verboten anzusehen sei. Wegen des Fehlens einer genauen Gesetzesvorschrift sah man sich in jener Zeit genötigt, an Hand der verschiedensten Gesetzesstellen, und unter Abwägung von Vorteilen und Nachteilen des Selbstkontrahierens die Lösung zu finden. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch brachte eine klare gesetzliche Regelung, deren Entstehungsgeschichte für die sinngemäße Anwendung des Verbots von großer Bedeutung ist.

Die Motive zum I. Entwurf[7]) erklärten das Selbstkontrahieren für begrifflich nicht ausgeschlossen, jedoch kam man in Anbetracht einerseits der Gefahr des Interessenwiderstreites im Falle der Zulassung, anderseits der Verkehrserschwerung im Falle des Verbots dazu, von einer genauen Regelung Abstand zu nehmen und sich auf Sondervorschriften zu beschränken. Im II. Entwurf verließ man diesen Standpunkt und fügte einen § 126a ein, der fast wörtlich dem heutigen § 181 entspricht. Damit sollte nicht gesagt sein, „daß man das Selbstkontrahieren logisch und juristisch an sich für möglich halte,“[8]) maßgebend war für diese Normierung vielmehr die Fragestellung: „ob und inwieweit die Zulässigkeit mit der Verkehrssicherheit verträglich, bezw. durch das Verkehrsbedürfnis gefordert sei.“ Man erwog bei der Beratung: „In dieser Hinsicht sei für die Regel davon auszugehen, daß das sogenannte Selbst-

---

[3]) Siehe Römer a. a. O. S. 67 ff.

[4]) RG. 6, S. 11.

[5]) Siehe Literaturverzeichnis.

[6]) A. a. O. S. 242 ff., S. 249 ff.

[7]) A. a. O. I S. 224.

[8]) Deshalb unrichtig von Tuhr a. a. O. § 84 Anm. 202 und Löwenwarter a. a. O. § 181, die sagen, der § 181 sei hauptsächlich, um den gemeinrechtlichen Streit über die begriffliche Möglichkeit zu beenden, eingefügt.

kontrahieren stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teils mit sich bringe, und daß es deshalb, soweit nicht durch Gesetz oder durch die Vollmacht dem Vertreter ein anderes gestattet sei, ausgeschlossen werden müsse."[9])

So ist das heutige Verbot des Selbstkontrahierens mit seinen Ausnahmen entstanden. Entscheidend für den Gesetzgeber war also ohne Zweifel die Gefährdung der Interessen des Vertretenen, die als regelmäßig vorliegend unterstellt wurde.

Aus der Entstehungsgeschichte folgt für die Tragweite des § 181:

1. Das Selbstkontrahieren ist in allen den Fällen, wo mehrere Interessenkreise, mehrere Vermögenskomplexe von ein und derselben Person vertreten werden, ohne Rücksicht auf eine im Einzelfall vielleicht unwahrscheinliche Interessengefährdung verboten und nur in den im Gesetz genannten Fällen erlaubt. Daran ist streng festzuhalten.

2. In den Fällen aber, wo eine juristisch-konstruktiv unbedenkliche Umgehung des Verbots möglich ist, so daß ein Selbstkontrahieren, wie es im § 181 BGB. umschrieben ist, nicht vorliegt, wo also durch Forschen nach sinn- und zweckentsprechender Auslegung, d. h. unter Berücksichtigung des Wortlauts des § 181, seiner Entstehungsgeschichte und seines Zweckes die Frage zu beantworten ist, ob die Umgehung des Verbots zulässig ist und nicht die Absicht des Gesetzgebers illusorisch macht, ob nicht die entsprechende Anwendung des § 181 notwendig und ratsam ist, wo also eine Lösung gefunden werden muß, die dem Gesetz, aber auch den Anforderungen des Verkehrs genügt, da ist auf den dem Gesetz zugrundeliegenden Gedanken des Interessenwiderstreits zurückzugreifen. § 181 BGB. ist insoweit analog anzuwenden, als eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen zu befürchten ist. In Fällen aber, wo ein Mißbrauch der Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, ist dem Erfordernis der Leichtigkeit des Verkehrs Rechnung zu tragen und das Verbot nicht zur Anwendung zu bringen. Die in Wissenschaft und Praxis vertretenen Ansichten über den Inhalt des § 181 BGB. und die Ausdehnung des Ver-

---

[9]) Vgl. Prot. a. a. O. I S. 175; Denkschrift S. 49.

bots über den Fall direkten Selbstkontrahierens hinaus werden weiter unten, bei der Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten, zu besprechen sein.

b) Die Vornahme des „In-sich-Geschäfts".

Hinsichtlich der Erfordernisse, die an die Vornahme eines sog. In-sich-Geschäfts zu stellen sind, ist zu unterscheiden zwischen obligatorischen Bindungen und Erfüllungsgeschäften.

Obligatorische Bindungen entstehen durch Willenseinigung der vertragschließenden Parteien, die aus den beiderseitigen Erklärungen ersichtlich ist. Ist jedoch beim Abschluß des Vertrages nur eine Person zugegen, sei es, daß ein Vertreter mit sich in eigenem Namen kontrahiert, sei es, daß beide Parteien ein und denselben Vertreter haben, so bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung der Einigung nicht, es muß nur irgendwie, z. B. durch Handlungen, die vielleicht erst später vorgenommen werden, erkennbar sein, daß die eine Person einen beide Parteien bindenden Entschluß gefaßt hat.

Erfüllungsgeschäfte aber, die in der Welt der Erscheinung vor sich gehen, müssen auch von einem Selbstkontrahenten so vorgenommen werden, daß sie nach außen in die Erscheinung treten, so daß der gewollte Zustand Dritten erkennbar wird.[10]) Nicht erforderlich ist es, daß das Erfüllungsgeschäft in dem Augenblick der Vornahme von einem Dritten wahrgenommen wird. Es ist deshalb, so lange die Kundgebung an einen Dritten nicht erfolgt ist, nicht eine Willenserklärung, es ist vielmehr als Willensgeschäft in dem Sinne, wie ihn Manigk[11]) herausgebildet hat, anzusehen, denn es ist eine „in rechtsgeschäftlicher Absicht vorgenommene Handlung" und nicht notwendig eine „in einer rechtsgeschäftlichen Absicht vorgenommene, diese den Beteiligten kundtuende Erklärung".[12]) Zwar erfordert das Erfüllungsgeschäft einen auf Erfüllung gerichteten Willen,[13]) doch wird der Wille insbesondere beim Erfül-

---

[10]) RG. 52; 130; 63, 16; JW. 1912, 236; = LZ. 1912, 471.
[11]) Manigk S. 415 ff. und insbes. S. 383 ff.
[12]) Manigk S. 450.
[13]) Manigk S. 728, und über die bestehende Streitfrage über die Rechtsnatur der Erfüllung siehe Kümper a. a. O.

lungsgeschäft des Selbstkontrahenten nicht kundgetan, es liegt keine Erklärung des Willens vor. Der animus solvendi liegt nur dem Verhalten des Selbstkontrahenten zugrunde, das „insofern indicium voluntatis ist, als es Anlaß zur Anknüpfung eines Rückschlusses bietet".[14]) „Die Umstände und das Verhalten des Handelnden sollen bei den Willensgeschäften die Ermittelung des inneren Willens derselben vermitteln", während bei den stillschweigenden Willenserklärungen „aus dem Verhalten, dessen sich der Handelnde zur Zeit der Erklärung bedient, ermittelt wird, was erklärt, das heißt, was dem Gegener zugänglich gemacht wurde."[15])

§ 3.

Anwendung des § 181 BGB. auf Geschäftsführer einer G.m.b.H.

In Anbetracht des § 181 BGB. ist die rechtliche Möglichkeit des Geschäftsabschlusses des Geschäftsführers mit der von ihm vertretenen G.m.b.H. je nach der Regelung, die für die Ausübung der Geschäftsführung getroffen ist, verschieden zu beurteilen.

Der G.m.b.H. steht es nach § 35 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz frei, im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, in welcher Weise die Geschäftsführer die Vertretungsmacht auszuüben berechtigt sind, und wie sie für die Gesellschaft zu zeichnen haben. Es kann angeordnet werden, daß jeder Geschäftsführer allein Vertretungsmacht hat, oder daß je zwei Geschäftsführer zusammen zeichnen müssen. Es ist auch im Anschluß an § 232 Abs. II HGB. anerkannt, daß in dem dort bestimmten Umfang eine Vertretungsbefugnis durch einen Geschäftsführer mit einem Prokuristen angeordnet werden darf.[16]) Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung durch den Gesellschaftsvertrag, so bestimmt § 35 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz, daß Willenserklärung und Zeichnung durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen muß. Es gilt also für den Fall, daß die G.m.b.H. mehrere Geschäftsführer hat, die sogenannte Kollektivvertretung. Ist nun die Ver-

---

14) Manigk S. 424.

15) Manigk S. 425, § 89.

16) Vgl. dazu Scholz § 35 Anm. III Nr. 3.

tretungsbefugnis so geregelt, daß von mehreren Geschäftsführern jeder allein Vertretungsmacht hat, oder daß von drei, vier oder mehr Geschäftsführern je zwei zusammen zeichnen müssen, so bereitet das Verbot des § 181 keine Schwierigkeiten. Der durch das Verbot an der Ausübung der Vertretungsbefugnis behinderte Geschäftsführer kann mit den nicht behinderten Geschäftsführern abschließen. Er selbst tritt dann ja gar nicht im Namen der Gesellschaft auf, sondern als Privatperson, das Zusammentreffen zweier Parteien in einer Person wird vermieden.

Schwierigkeiten entstehen erst, wenn die Gesellschaft nur einen Geschäftsführer hat, denn unzweifelhaft ist diesem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren durch § 181 BGB. grundsätzlich untersagt. Doch § 181 greift auch dann ein, wenn Kollektivvertretung besteht, der Geschäftsführer also in Gemeinschaft mit den anderen Geschäftsführern die Gesellschaft bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften vertreten muß. Gerade diese Fälle bieten zu interessanten Betrachtungen Anlaß und werden bei den folgenden Erörterungen im Vordergrund stehen. Weder werden durch die rechtliche Behinderung eines Geschäftsführers die übrigen allein vertretungsberechtigt,[17]) noch auch bildet die Geschäftsführergemeinschaft eine einheitliche, selbständige Rechtspersönlichkeit, der der einzelne als vollkommen unabhängige Persönlichkeit gegenübertreten könnte, „vielmehr besteht hier eine einzige, auf mehreren Schultern ruhende Vertretung, bei welcher jedes Mitglied einen Teil des Ganzen darstellt".[18]) Der Geschäftsführer müßte also mit sich selbst kontrahieren, wenn auch auf der einen Seite in Gemeinschaft mit den anderen Geschäftsführern, so daß ohne Zweifel auch ein Kollektivgeschäftsführer von dem Verbot des Selbstkontrahierens betroffen wird.[19]) Bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit ihm selbst kann der Geschäftsführer gemäß § 181 BGB. nur mitwirken, wenn es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder aber ihm das Selbstkontrahieren gestattet ist.

---

[17]) Vgl. Scholz § 35 III, Nr. 2.
RG. Bd. 89, S. 373; Bd. 103, S. 417.

[18]) Kretschmann S. 43.

[19]) RGRKomm. § 181; Staudinger § 181, Anm. 4; RG. in LZ. 1926, S. 438 Nr. 3.

§ 4.
Die Gestattung des Selbstkontrahierens.

Im Einzelfall kann es nun zweifelhaft sein, ob man sagen darf, daß das Selbstkontrahieren gestattet ist, und über die Grundsätze, die der Beurteilung zugrunde zu legen sind, gehen die Ansichten auseinander. Es kann für die folgenden Ausführungen dahingestellt bleiben, ob die Geschäftsführer einer G.m.b.H. deren gesetzliche Vertreter sind,[20]) oder ob sie „Organe im eigentlichsten Sinne des Wortes, ihr Bestandteil“ sind, und ihnen vom Gesetz nur die „Stellung von gesetzlichen Vertretern“ beigelegt ist.[21]) Die rechtliche Beurteilung wird darum nicht anders ausfallen. Alle Erwägungen gelten für den gesetzlichen Vertreter in gleicher Weise wie für den gewillkürten. Wenn auch Staudinger[22]) die Möglichkeit einer Gestattung bei Geschäften gesetzlicher Vertreter mit der Begründung ablehnt, daß „die Gestattung durch den Willen des Vertretenen natürlich unmöglich sei“, so darf das gewiß nicht allgemein gelten. Beispielsweise ist die Möglichkeit der Gestattung für die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen nicht ausgeschlossen, denn es bestehen übergeordnete Willensorgane, die die Gestattung aussprechen können. Die übrigen Schriftsteller und die Rechtsprechung entscheiden auch gegen Staudinger.[23])

Eine allgemeine Erlaubnis des Selbstkontrahierens findet sich im G.m.b.H.-Gesetz nicht. Die Gestattung kann aber ein für alle Mal für alle Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen sein oder auch in den Anstellungsvertrag eines einzelnen Geschäftsführers aufgenommen werden. Fehlt es an einer solchen generell ausgesprochenen Gestattung, so muß in jedem einzelnen Fall des Geschäftsabschlusses geprüft werden, ob sie vorliegt, und es fragt sich für uns, welche Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sein müssen, um von der Gestattung des Selbstkontrahierens sprechen zu können.

---

[20]) So die herrschende Lehre: Vgl. Scholz § 35 II, Ziff. 5; Liebmann-Sänger § 35 II, Ziff. 1; Brodmann § 35 Anm. 1.

[21]) Siehe Kretschmann S. 23 und Hachenburg § 35 Anm. 1 u. 2.

[22]) Staudinger § 181 Anm. 6.

[23]) Planck § 181; Rosenthal Anh. zu § 181; RGRKomm. § 181 S. 305; Soergel § 181 Anm. 1; RG. 71/163, insbesondere 68/172 und JW 1924 S. 1862 vgl. auch Prot. I S. 175.

Vollkommen aufgegeben ist die Ansicht Dernburgs,[24]) daß alles als gestattet gelten müsse, „was nicht gegen Treu und Glauben verstoße". Diese Formulierung wurde von Staub in seiner ersten Auflage zum Kommentar über das G.m.b.H.-Gesetz aufgegriffen und „als den Kern der Sache betreffend" bezeichnet,[25]) doch später nicht aufrecht erhalten.[26]) Auch wird man nicht behaupten dürfen, daß eine Gestattung stets dann anzunehmen sei, wenn das Geschäft dem Vertretenen Vorteile bringt,[27]) denn es ist nicht gesagt, daß der Vertretene mit einem derartigen Geschäft immer einverstanden ist. Man würde beim Geschäftsabschluß auch gar nicht wissen können, ob die Einwilligung des Vertretenen unterstellt werden darf, da vielfach die Anhaltspunkte dafür, was nicht gegen Treu und Glauben verstößt, oder was ein vorteilhaftes Geschäft ist, im kontreten Falle nicht sicher erkennbar sind. Eine Ansicht, die eine solche Rechtsunsicherheit zur Folge haben würde, darf aber nicht befürwortet werden. So ist auch bei der parlamentarischen Bearbeitung des Entwurfes eines BGB. in der Kommission für die zweite Lesung ein Antrag abgelehnt worden, der das Selbstkontrahieren insoweit für zulässig erklären wollte, als es der dem Vertreter obliegenden Fürsorge entspreche. Es heißt in der Begründung der Ablehnung:[28]) „Wenn vielleicht auch zuzugeben sei, daß hierdurch das richtige Prinzip am zutreffendsten zum Ausdruck gelange, so werde dadurch doch die Wirksamkeit des Aktes von einem Moment abhängig gemacht, welches durch seine Unbestimmtheit und durch die Unerkennbarkeit für Dritte die Verkehrssicherheit gefährde."[29])

Um dem einem Rechtsschutzbedürfnis entsprechenden Verbot gerecht zu werden, muß verlangt werden, daß der Vertretene die Gestattung entweder ausdrücklich erklärt oder sie wenigstens stillschweigend zum Ausdruck bringt, so daß sich unzweifelhaft aus den Umständen erkennen läßt, daß er mit dem Geschäftsabschluß seines Vertreters einver-

---

[24]) Band I, S. 497, Anm. 5.

[25]) Auflage 1903, § 36; Anm. 14 und HGBKomm. 8. Aufl.

[26]) A. a. O. Anhang zu § 58, Anm. 32.

[27]) So Staub Komm. HGB. 9. Aufl. § 58, Anm. 12.

[28]) Prot. I S. 175.

[29]) Daher bedenklich, RG. in LZ. 1912, Sp. 470 ff.

standen ist.[30]) Bei einer solchen Folgerung ist im Interesse der Sicherheit und der Uebersichtlichkeit des Rechtsverkehrs ein strenger Maßstab anzulegen. Es ist deshalb m. E. zu weitgehend, wenn Soergel[31]) sagt, daß eine aus den Umständen zu folgernde Gestattung überall da anzunehmen sei, „wo das Selbstkontrahieren des Vertreters dem Interesse des Vertretenen nicht widersprechen könne oder gar ihm förderlich sei". Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit dessen, was dem Vertretenen förderlich ist, würde die Verkehrssicherheit ungebührlich beeinträchtigen. Auch käme Soergel im Ergebnis auf die aufgegebene Ansicht Dernburgs hinaus. Es müssen vielmehr z. B. widerspruchslose Hinnahme irgendwelcher mit dem Geschäft zusammenhängender Erklärungen und Handlungen oder auch stillschweigende Duldungen früherer Geschäftsabschlüsse gleicher Art erkennen lassen, daß der Vertretene tatsächlich mit dem Selbstkontrahieren einverstanden ist. Nur so kann einerseits das Interesse des Vertretenen gewahrt und andererseits unzweckmäßiger Formalismus vermieden werden. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre[32]) und der Rechtsprechung.[33])

Um aber unbilligen Härten und Umständlichkeiten vorzubeugen, wird man die Gestattung dann fingieren dürfen, wenn die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst einer Verkehrssitte entspricht.[34])

Die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren muß vom Vertretenen erteilt werden, d. h. in unserem Falle von der G.m.b.H. Obwohl nun, ganz allgemein gesprochen, die Gestattung des Vertretenen auch von einem Stellvertreter ausgesprochen werden kann, so ist doch gerade der Geschäftsführer, dem die Erlaubnis erteilt werden soll, zur Vertretung der Gesellschaft nicht befugt. Ließe man es zu, daß der Vertreter sich selbst die Zustimmung zum Selbstkontrahieren erteilen darf, so würde § 181 BGB. lediglich

---

[30]) Gegen die Zulassung einer stillschweigend erteilten Erlaubnis nur Hupka, § 19, Anm. 1, S. 341.

[31]) Soergel § 181; Anm. 2.

[32]) Die Kommentare des BGB., Staub, HGB. Anh. zu § 58, Anm. 32; Hachenburg § 36, Anm. 13; Brodmann § 36, Anm. 5; Pinzger § 35, Anm. 7; Wenz LZ. 1908 Sp. 368 ff.

[33]) RG. 51/422; 68/175; 74/413; Seuff. Arch. 70, Nr. 236.

[34]) So auch Staudinger § 181, Anm. 7a; Planck § 181, c, ß.

auf dem Papier stehen, ohne irgend einen praktischen Wert zu haben. Dasselbe gilt auch dann, wenn die G.m.b.H. von mehreren Kollektivvertretern vertreten wird. Der Geschäftsführer nämlich, der mit seiner Gesellschaft ein Rechtsgeschäft vornehmen will, müßte in Gemeinschaft mit den anderen Geschäftsführern sich selbst die Zustimmung zum Selbstkontrahieren erteilen.

Hier müssen nun die übrigen Organe der G.m.b.H. eingreifen. Hat die G.m.b.H. in ihrem Gesellschaftsvertrag gemäß § 52 G.m.b.H.-Gesetz die Bestellung eines Aufsichtsrates angeordnet, so steht diesem das Recht zu, die Gestattung auszusprechen (§ 52 G.m.b.H.-Gesetz in Verbindung mit § 247 HGB.). Besteht aber kein Aufsichtsrat, so muß die Gestattung durch die „Gesellschafter" als vorherige Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung[35]) erteilt werden, denn sie stehen als oberstes Willensorgan der G.m.b.H. über den Geschäftsführern, wie die Bestimmungen im § 46 Ziffer 5 u. 6 G.m.b.H.-Gesetz erkennen lassen.

§ 5.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens eines Gesellschafter-Geschäftsführers.

a) Im allgemeinen.

Ist nun der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter (§ 6 G.m.b.H.-Gesetz), so fragt es sich, ob er bei der Beschlußfassung über die Gestattung mitwirken darf. Diese Beschlußfassung der Gesellschafter ist ein Akt interner Willensbildung; sie ist nicht Bestandteil des Geschäfts, das der Geschäftsführer abschließen will, sondern sie bestimmt nur, ob das Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll oder nicht, sie ist lediglich eine notwendige Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit des Vertrages. Ein für die Gesellschaft wirksames Rechtsgeschäft muß in allen seinen Teilen gemäß § 35 G.m.b.H.-Gesetz von den Geschäftsführern vorgenommen werden, nur sie können im Namen der Gesell-

[35]) Die frühere Streitfrage, ob der Verstoß gegen das Verbot des § 181 Nichtigkeit zur Folge hätte oder durch nachträgliche Genehmigung heilbar sei, ist heute zu Gunsten letzterer Ansicht entschieden. Das Geschäft wird bis zur Genehmigung für schwebend unwirksam angesehen. Siehe insbes. Planck § 181 Erl. 3.

schaft handelnd auftreten. Regelmäßig können die Gesellschafter als Organ im Namen der G.m.b..H. mit Dritten kein Rechtsgeschäft vornehmen.[36]) Zwar stellen die „Gesellschafter“ nicht „die Gesellschaft“ dar, denn die Gesellschaft ist als solche eine Persönlichkeit für sich, eine juristische Person, aber sie sind das Gehirn der Gesellschaft, sie denken für die G.m.b.H., ihr Wille ist der Wille der Gesellschaft, oder wie Brodmann[37]) sagt: „Die Gesellschaft hat ihren eigenen Willen, der hinter und über dem Willen ihres gesetzlichen Vertreters steht. Und dieser Wille ist der Wille der einzelnen Gesellschafter, nicht die Summe der gleichberechtigten Willen, sondern die Komponente aller gleichgerichteten Willen.“ Auch die „Gesellschafter“ sind Organ der G.m.b.H., aber ein ganz anders geartetes als die Geschäftsführer, ihr Wirken hat nur für die G.m.b.H. Bedeutung, während das Hervortreten nach außen, das Handeln im Namen der Gesellschaft den Geschäftsführern vorbehalten ist. Zwar bezieht sich die Tätigkeit der Gesellschafter auch auf die Geschäftsführung (§ 45 Abs. I), doch niemals im Sinne einer Vertretung.[38]) Daraus erhellt, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer an der Mitwirkung bei einem ihm das Selbstkontrahieren gestattenden Beschluß nicht durch § 181 BGB. gehindert ist, denn er würde dabei ja nicht im Namen der Gesellschaft „im Namen des Vertretenen“ im Sinne des § 181 BGB. handeln.[39])

Und doch ist er von der Teilnahme an der Abstimmung ausgeschlossen. Eben weil dieser Fall nicht von dem Verbot des Selbstkontrahierens betroffen wird, aber aus dem gleichen Gesichtspunkt der Interessenkollision ein gesetzlicher Schutz des Vertretenen notwendig erschien, ist in das G.m.b.H.-Gesetz der § 47 Abs. IV aufgenommen worden,[40]) in dem es heißt, daß ein Gesellschafter kein Stimmrecht bei der Beschlußfassung hat, „welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber einem Gesellschafter betrifft.“[41])

---

[36]) Siehe die Fälle, wo die Gesellschafter rechtsgeschäftlich handeln, bei Brodmann § 36 Anm. 2, am Ende.

[37]) Brodmann § 45, Anm. 1.

[38]) Vgl. auch Hachenburg § 45, Anm. 6 und 7.

[39]) So auch Hachenburg § 36, Anm. 13a.

[40]) Mit fast gleichem Wortlaut §§ 34 BGB., 252, Abs. III HGB., und 43, Abs. III Genoss.-Ges.

[41]) Vgl. auch Staudinger § 34, Anm. 2; Hachenburg in LZ. 1907 Sp. 460 ff.

Darüber, daß die nachträgliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, das ein Geschäftsführer mit sich selbst abgeschlossen hat, und das wegen Verstoßes gegen § 181 BGB. schwebend unwirksam ist und erst durch die Genehmigung Rechtswirksamkeit erlangt,[42]) von dieser Bestimmung betroffen wird, besteht wohl kein Zweifel.[43])

Dasselbe muß regelmäßig auch dann gelten, wenn es sich um die vorherige Ermächtigung eines Geschäftsführers zum Geschäftsabschluß mit sich selbst handelt. Man macht dabei einen Unterschied, je nachdem der Beschluß die Geschäftsführer bindend anweist, das Geschäft zu tätigen, oder aber ihnen noch die Freiheit der eigenen Entschließung beläßt. Im ersten Falle soll § 47 Abs. 4 zur Anwendung kommen, im anderen Falle nur dann, wenn das Geschäft durch Gesetz oder freiwillige Abmachung an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden ist und diese mit einer gewissen Sicherheit damit rechnen können, daß das Geschäft geschlossen wird.[44]) Setzt nun ein Gesellschafter-Geschäftsführer auf die Tagesordnung einer Gesellschafterversammlung die Beschlußfassung über die Gestattung des Selbstkontrahierens — oder führt er in anderer Weise die Beschlußfassung herbei — und wird die Erlaubnis erteilt, so kann auch mit ziemlicher Bestimmtheit mit dem Abschluß des Geschäftes gerechnet werden, und der betreffende Gesellschafter-Geschäftsführer darf nicht mitstimmen. In den wohl selteneren Fällen, wo der Abschluß eines Geschäftes genehmigt wird, die Auswahl des Vertragsgegners aber den Geschäftsführern überlassen bleibt, und sich unter den Offerenten auch ein Gesellschafter-Geschäftsführer befindet, wird man gegen ein Mitstimmen des Betreffenden nichts einzuwenden haben. Denn in erster Linie bleibt zu berücksichtigen, daß die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dem Gesellschafter ein Recht auf Mitwirkung bei der Geschäftsführung gibt, das ihm nur insoweit entzogen werden darf, als die Gefahr besteht, daß er die Interessen

---

[42]) Siehe S. 24 Anm. 1.

[43]) RG. 89,375 ff. (382); Scholz § 47, Anm. 3a; Flechtheim JW. 1925 S. 566; Dehm in DJZ. 1904 S. 1029.

[44]) Siehe zu dieser Frage die Komm. zu § 47 G.m.b.H.-Ges. sowie Hachenburg in LZ. 1907, Sp. 460 ff.; Flechtheim in JW. 1925 S. 566; RG, 68 / 241 = JW. 1908 S. 4621 und RG. 108 / 326; aber auch RG. 104/128 ff. (131).

der Gesellschaft hinter seine eigenen Privatinteressen zurücktreten läßt.

Die rechtliche Beurteilung jener Frage kann sich auch nicht ändern, wenn in der Gesellschafterversammlung nicht mehrere Gesellschafter, sondern, was bei kleineren Gesellschaften durchaus denkbar ist, nur einer erscheint, der auch zugleich Geschäftsführer ist und gerade er es ist, der mit der G.m.b.H. kontrahieren will.

Das Reichsgericht hatte sich einmal mit einem solchen Fall zu befassen und hat in RG. 109 S. 77 = JW. 1925 S. 247 Nr. 33 die Möglichkeit der Gestattung des Selbstkontrahierens verneint. Es stützt seine Entscheidung in erster Linie darauf, daß die „Erlaubnis und die Vornahme des Rechtsgeschäfts in solchen Fällen ein einheitliches Rechtsgeschäft bildet“, und somit auch die Erlaubniserteilung von dem Verbot des § 181 BGB. betroffen werde. Für den der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ist dem zwar zuzustimmen, denn ausnahmsweise kann bei der Uebernahme eines Kapitalanteils die Gesellschaft den Vertrag schließen, ohne durch die Geschäftsführer vertreten zu sein. Nur unter diesem Gesichtspunkt kann man Brodmanns der Entscheidung zustimmende Ausführungen[45]) verstehen. Doch in der Allgemeinheit[46]) kann der Standpunkt des Reichsgerichts nicht als richtig anerkannt werden, denn die rechtliche Natur des Beschlusses der Gesellschafterversammlung ändert sich nicht. Niemals kann die Erlaubniserteilung zu einem gewöhnlichen Rechtsgeschäft mit einem Dritten — und der Gesellschafter-Geschäftsführer ist ja in einem solchen Fall der G.m.b.H. gegenüber als Dritter anzusehen — selbst das Rechtsgeschäft sein. Die einzelnen Vorgänge müssen vielmehr klar auseinandergehalten werden, mögen sie auch zeitlich so dicht aufeinander folgen, daß sie ein einheitliches Ganzes bilden. Es ist stets genau darauf zu achten, in welcher Eigenschaft der Gesellschafter-Geschäftsführer tätig wird, ob als Geschäftsführer oder als Gesellschafter oder als Privatperson und Vertragsgegner der Ge-

---

[45]) JW. 1925 S. 596.

[46]) Ebenso wird in RG. 68/179 gesagt, die Gestattung habe, wenn die Gesellschafterversammlung nur aus einem Gesellschafter-Geschäftsführer bestehe, den Charakter eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst.

sellschaft. Nur wenn er als Geschäftsführer tätig wird, handelt er im Namen der Gesellschaft.[47])

Doch auch hier greift wiederum § 47 Abs. IV G.m.b.H.-Gesetz ein und schützt die Interessen der „Gesellschaft“, der Gesellschafter, der als einziger erschienen ist, ist mit seinem Stimmrecht ausgeschlossen.

b) Bei der sogenannten Einmanngesellschaft.

Nun aber fragt es sich, ob die vorstehenden Ausführungen auch dann zu gelten haben, wenn die G.m.b.H. überhaupt nur einen Gesellschafter hat (Einmanngesellschaft), und dieser Gesellschafter gleichzeitig der Geschäftsführer der G.m.b.H. ist.

Es sei hier unterstellt, daß auch bei der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand die Gesellschaft fortbesteht.[48]) An der rechtlichen Natur der G.m.b.H. und ihrer Einrichtungen ändert sich dadurch nichts. Das Gesellschaftsvermögen einerseits und das Privatvermögen des Gesellschafters anderseits sind scharf auseinanderzuhalten. Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen gemäß § 13 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz, und die persönlichen Gläubiger des Gesellschafters werden nicht zugleich Gläubiger der Gesellschaft. Er ist also einerseits natürliches Rechtssubjekt und gleichzeitig oberstes Willensorgan einer juristischen Person. Er hat alle Befugnisse, die das Gesetz „den Gesellschaftern“ übertragen hat, denn der einzelne Geschäftsanteil bleibt gemäß § 15 Absatz II G.m.b.H.-Gesetz selbständig, auch wenn er von einem Gesellschafter zu anderen Anteilen hinzuerworben wird. Diese Trennung zwischen der Gesellschaft als juristischer Person und dem Gesellschafter als privates Rechtssubjekt beweist zunächst, daß auch der Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Einmanngesellschaft, will er mit der G.m.b.H. kontrahieren, von dem Verbot des § 181 betroffen wird, denn es vereinigen sich zwei Parteien in einer Person. Ja, in unserem Falle ist der Betreffende sogar, wie Brod-

[47]) Siehe auch Hachenburg Anm. zu JW. 1925 S. 247 und Feine in Ehrenbergs Handbuch a. a. O. S. 491 Anm. 25.

[48]) A. A. wohl nur Neukamp-Becker § 60, Anm. 9a und im Prinzip dagegen auch Brodmann JW. 1925 S. 596, der sie aber de lege lata für zulässig hält. Kamm. § 2 Anm. 8 S. 15.

mann[49]) sagt, eine „triplex persona, er ist einmal die eine Partei, er ist Geschäftsführer der Gegenpartei und ist die Summe der Gesellschaft selbst," d. h. er stellt gewissermaßen die Gegenpartei dar. Wie bei jeder G.m.b.H., so kann auch der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer nur in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft vornehmen und nicht als Gesellschafter, auch nicht mit sich selbst, denn er tritt der G.m.b.H. ja als Dritter gegenüber, und auch bei der Einmanngesellschaft gilt der § 35 G.m.b.H.-Gesetz.

Es ist klar, daß diese eigenartige Rechtslage zu Verwicklungen führen muß, wo das formelle Recht in Widerspruch treten muß zu den Erfordernissen des praktischen Lebens, und so bestehen auch hinsichtlich der Zulässigkeit des Geschäftsabschlusses mit sich selbst Meinungsverschiedenheiten, die im folgenden kurz dargestellt werden sollen.

Die Erörterungen des Schrifttums gehen aus von einer Entscheidung des II. Senats des Reichsgerichts aus dem Jahre 1908,[50]) wo der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmanngesellschaft der G.m.b.H. aus seinem Privatvermögen ein Darlehen gewährt hatte und es später beim Konkurse der G.m.b.H. zurückforderte, der Konkursverwalter aber Ungültigkeit des fraglichen Geschäfts nach § 181 BGB. geltend machte. Das Berufungsgericht, das Oberlandesgericht Düsseldorf, hatte den Beklagten verurteilt, da das Verbot des § 181, das auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhe, nicht durchgreife, wo dem Kläger das Selbstkontrahieren gestattet gewesen sei. Die Gestattung, die sich aus den Umständen ergeben könne, liege vor, „wenn der Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht unter einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Ausnutzung der Doppelstellung des Handelnden erfolge... Der Umstand, daß er sämtliche Geschäftsanteile erworben habe, lasse die Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes als erlaubt erscheinen, denn für die Dauer dieses Zustandes sei ein Interessengegensatz zum Nachteil der Gesellschaft ausgeschlossen gewesen" (Seite 174). Ferner sei die Erlaubnis durch die Gesellschafterversammlung erteilt worden, denn der Kläger habe als einziger Gesellschafter auch die Rechte

---

[49]) JW. 1925 S. 596.

[50]) RG. 68/172 ff.

der Gesellschafterversammlung, und da er das Geschäft vorgenommen habe, bestehe kein Grund, noch eine besondere Gestattung zu verlangen. Dieses Urteil hat das Reichsgericht aufgehoben. Es weist zunächst unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte des § 181 nach, daß ein möglicherweise nur vorübergehender Wegfall des Interessengegensatzes nicht genüge, um daraus eine gesetzliche oder vertragliche Gestattung herzuleiten. Auch könne der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht sich selbst die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren erteilen, „denn unter den hervorgehobenen Umständen hatte auch die Erteilung der fraglichen Erlaubnis den Charakter eines zwischen der Gesellschaft und dem Kläger vorzunehmenden Rechtsgeschäfts, da sie unmittelbar den Abschluß von Darlehnsverträgen zwischen diesen beiden Personen bezweckte und ihn ermöglichen sollte“. Also falle auch die so erteilte Erlaubnis unter § 181 (S. 179).[51]) Diese Entscheidung scheint wenig lebensecht und brauchte auch nicht so auszufallen, wie unten gezeigt werden soll. Derselbe Senat scheint auch später selbst Bedenken bekommen zu haben, denn in einem Urteil aus dem Jahre 1925[52]) heißt es, nach kurzer Darlegung der Gründe des früheren Urteils wörtlich: „Ob diesen Ausführungen, welche von Staub-Hachenburg als etwas formalistisch bezeichnet werden, für den dort behandelten Fall, wo die G.m.b.H. überhaupt nur aus einem Gesellschafter bestand, zuzustimmen ist, braucht nicht entschieden zu werden.“ Wahrlich, eine recht vorsichtige Formulierung! Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch ein Urteil des III. Senats aus dem Jahre 1920,[53]) das einen Rechtsstreit anderer Art zum Gegenstand hat, wo aber auch die eine Partei ein alleiniger Inhaber der Anteile von vier G.m.b.H. war, und wo das Gericht sich über die daraus herzuleitende, dem Beklagten günstige juristische Konstruktion hinweggesetzt hat mit den Worten: „Der Richter hat aber außer der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen, und von diesem Gesichtspunkt aus ist die Verurteilung des Beklagten nicht zu beanstanden.“

---

[51]) So auch RG. 85/380 ff.

[52]) RG. 109,77 = JW. 1925 S. 247.

[53]) RG. 99,233.

Mit besonderer Schärfe hat aber Hachenburg[54]) das Urteil des II. Senats angegriffen. Er spricht davon, daß „der Formalismus zu einem wirtschaftlich ganz unbrauchbaren Ergebnis geführt hat". Der Gesellschafter-Geschäftsführer dürfte sich in einem solchen Falle zum Abschluß eines Insich-Geschäftes durch Beschluß selbst ermächtigen, denn unbestreitbar sei zulässig, daß er den Gesellschaftsvertrag ändere und sich das Selbstkontrahieren allgemein gestatte, und ferner sei der Beschluß, der die Gestattung ausspräche, „kein Rechtsgeschäft mit dem Geschäftsführer, sondern eine Willensbildung und Regelung einer internen Frage, wie die Statutenänderung". Auch Liebmann-Saenger[55]) hält es für zulässig, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als „die Gesellschaft" sich selbst die Genehmigung zum Selbstkontrahieren erteilt.

Zu demselben Ergebnis kommt auch Schreiber,[56]) jedoch mit einer eigenartigen Begründung. Er leugnet zunächst den Gegensatz zwischen Personenverbänden mit und solchen ohne juristische Persönlichkeit, ohne jedoch dem „eingeführten und für die Jurisprudenz notwendigen Begriff „juristische Person" den Krieg anzusagen" (Seite 32). Er will vielmehr geprüft haben, „welche Eigenschaften der juristischen Person ein Verband hat und welche nicht", da das deutsche Privatrecht nur „eine sehr komplexe Stufenfolge verschiedenartigster Organismen kennt, die bei den einfachsten Bildungen ohne juristische Persönlichkeit beginnt und bei der vollendetsten Organisation mit juristischer Persönlichkeit endet" (Seite 37). Erforderlich sei deshalb, „in jedem Zweifelsfall eine Untersuchung darüber, wieweit die in dem Verband verwirklichte Individualisierung reicht". Von diesem Standpunkt aus kommt Schreiber zur Verwerfung des reichsgerichtlichen Urteils, das materiell offensichtlich unerträglich sei. Er sagt (Seite 34): „Die Prüfung der Individualisierung hätte ergeben, daß der in § 181 BGB. vorausgesetzte Interessenkonflikt fehlt, und daher im Sinne jener Bestimmung hier nicht der Geschäftsführer

---

[54]) Hachenburg § 36 Anm. 13a und JW. 1925 S. 247 zu Nr. 33.

[55]) Liebmann-Saenger § 60, Anm. 11a. Siehe auch Soergel § 181 Anm. 2 unter Anführung von Entscheidungen des KG. und mehrerer Landgerichte.

[56]) Schreiber S. 32 ff.

als Darlehns-Aufnehmer für seine G.m.b.H. Vertreter eines anderen ist."

Den gleichen Standpunkt vertritt auch Feine.[57]) Er geht davon aus, daß, wenn auch das Eigentum an dem Gesellschaftsvermögen formal bei der G.m.b.H. bleibt, die Summe der Anteile eine so vollständige Herrschaft über das Vermögen der G.m.b.H. bewirkt, daß es äußerlich als ein Sondervermögen des Alleingesellschafters erscheint. „Das Trennungsprinzip (zwischen Gesellschaft und privater Rechtsphäre des Gesellschafters) dürfe nicht bis in die äußersten Konsequenzen durchgeführt werden, und die Ablehnung der Selbstermächtigung beim Selbstkontrahieren führe zu wirtschaftlich und rechtlich nicht haltbaren Ergebnissen." „Der vom Gesetz für die Anwendung von § 181 BGB. vorausgesetzte Interessenkonflikt liege hier typisch nicht vor. Der Gesellschafter sei hier kein Vertreter eines anderen im Sinne von § 181. Der Gedanke des Sondervermögens breche sich hier Bahn."

Brodmanns Stellungnahme ist nicht klar ersichtlich. Einmal heißt es bei ihm:[58]) „Der einzige Gesellschafter, der zugleich Geschäftsführer ist, kann sich nicht die nach § 181 erforderliche Genehmigung erteilen," und dann sagt er:[59]) „daß das Urteil RG. 68 S. 177 auch anders hätte ausfallen können, will ich nicht bestreiten," und an anderer Stelle,[60]) nachdem er darauf hingewiesen, daß es zur Erklärung der Genehmigung, die auch stillschweigend erfolgen könne, genüge, wenn die Gesellschafter oder die Mehrheit erkennbar mit dem Verfahren einverstanden seien: „Daher bedenklich RG. 68 S. 177." Auch Brodmann sieht einen Konflikt zwischen dem natürlichen Sachverhalt und der juristischen Form.[61])

Scholz dagegen hat sich ohne nähere Erläuterungen den Standpunkt des Reichsgerichts zu eigen gemacht.[62])

---

[57]) In Ehrenbergs Handb. a. a. O. § 33 S. 449, 450 und S. 491 Anmerkung 25.

[58]) A. a. O. § 2 Anm. 8 S. 15 und § 36 Anm. 5 S. 142.

[59]) JW. 1925 S. 596.

[60]) A. a. O. § 36 Anm. 5 am Ende.

[61]) JW. 1925, S. 596.

[62]) Scholz § 35 III, 5, S. 370, der gleichen Ansicht auch Pinzger § 35 Nr. 7 und Neukamp-Becker § 36 Nr. 3.

Daß der Standpunkt des RG. materiell nicht befriedigt, wird wohl niemand bezweifeln, doch scheint mir der von Schreiber und Feine gezeichnete Weg der völligen Ausschaltung des § 181 BGB. de lege lata nicht gangbar. Zwar sind die Gedanken beider Schriftsteller einleuchtend und de lege ferenda wäre zu erwägen, ob die Einmanngesellschaft, die sich nun einmal in der Praxis eingebürgert hat, nicht einer besonderen gesetzlichen Regelung zu unterwerfen wäre, doch einstweilen muß daran festgehalten werden, daß das Gesellschaftsvermögen der juristischen Person gehört und von dem Privatvermögen des Gesellschafters streng zu unterscheiden ist. Dabei kommt man aber um das Verbot des Selbstkontrahierens nicht herum, der Gesellschafter-Geschäftsführer handelt im Namen der juristischen Person, im Namen eines „anderen", denn er ist ja rechtlich nicht identisch mit der Gesellschaft. Insoweit muß man auch dem Reichsgericht folgen und muß ihm auch darin beitreten, daß es in einem solchen Fall die Fiktion einer Gestattung ablehnt. Wenn aber das Reichsgericht weiter auch für unzulässig erklärt, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als „Summe der Gesellschafter" sich als „Geschäftsführer" die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren erteilt, und zwar deshalb, weil die Erlaubnis-Erteilung den Charakter eines Rechtsgeschäfts habe, so geht es darin zu weit. Hält man an dem Trennungsprinzip fest, und das tut das Reichsgericht, so muß man auch in jedem Fall unterscheiden, in welcher Eigenschaft der Gesellschafter-Geschäftsführer tätig geworden ist. Die Beschlußfassung über die Erlaubniserteilung fällt aber niemals unter § 181 BGB., sie ist niemals Rechtsgeschäft, wie oben dargelegt worden ist.[63])

Doch fragt es sich, ob es statthaft ist, daß der Gesellschafter sich selbst das Selbstkontrahieren gestattet. Im allgemeinen ist das zweifellos unzulässig, § 181 würde ja sonst lediglich auf dem Papier stehen. Gesetzliche Bestimmungen gibt es darüber jedoch nicht, es ist nur eine Auslegung des § 181 unter Zugrundelegung des Zweckes, den das Verbot verfolgt. Geht man davon aus, und berücksichtigt man den tatsächlichen Sachverhalt bei der Einmanngesellschaft, so kommt man zu dem Ergebnis, daß wirt-

---

[63]) So auch Doms S. 48..

schaftlich das Gesellschaftsvermögen dem Gesellschafter gehört, und daß bei einer Ueberführung von Werten aus dem einen Vermögen in das andere eine Interessengefährdung gar nicht vorliegen kann, und daß aus diesem Grunde Bedenken gegen die Zulässigkeit der Selbstermächtigung nicht bestehen. Zwar will das Reichsgericht auch die Interessen eventuell später eintretender Gesellschafter berücksichtigt wissen, doch kann das m. E. nicht ausschlaggebend sein, die Erwerber übernehmen stets die Anteile mit allen ihren Vor- und Nachteilen und nehmen immer das Risiko auf sich, daß Schädigungen aus früheren Geschäften noch zutage treten können.

Ist nun der Gesellschafter-Geschäftsführer in Anbetracht des § 181 BGB. zwar imstande, sich die im § 181 verlangte Gestattung des Selbstkontrahierens selbst auszusprechen, so bleibt doch noch eine weitere gesetzliche Bestimmung, nämlich § 47 Abs. 4 G.m.b.H.-Gesetz zu berücksichtigen. Auch bei der Einmanngesellschaft ist nach dem Buchstaben des Gesetzes der Gesellschafter von der Ausübung seines Stimmrechts ausgeschlossen, wenn es sich um die Abstimmung handelt, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm betrifft. Und so kommt auch Doms[64]) zu dem Ergebnis, daß der Beschluß des Gesellschafters, durch den er sich das Selbstkontrahieren gestatten will, wegen § 47 Abs. IV G.m.b.H.-Gesetz nicht zustande kommen kann. Das ist theoretisch ohne Zweifel richtig, hat jedoch keine praktische Bedeutung. Es soll hier nicht untersucht werden, ob die Vorschrift des § 47 Abs. IV dispositives oder zwingendes Recht ist oder nicht, ob also der Gesellschafter schon durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages den § 47 Abs. IV ausschalten kann oder nicht,[65]) denn auch bei seinem Fortbestehen ist seine praktische Bedeutung sehr gering. Ein Verstoß gegen das Verbot der Stimmabgabe macht den Beschluß nicht etwa nichtig, sondern anfechtbar.[66]) Die Anfechtung erfolgt im Wege der Klage auf Aufhebung des

---

[64]) Doms S. 47 ff.

[65]) Nach dem RG. Band 89 375 ff. ist § 47 dispositives Recht. Gleicher Ansicht Hachenburg § 47 Anm. 28 und LZ. 1907 Sp. 471 f.; Pinzger § 47 S. 183 a. E.; anderer Ansicht Liebmann-Saenger § 47 Anm. 9.

[66]) RG. 89,383 und Hachenburg § 47 Anm. 28; Brodmann § 47 Anm. 6; Crüger-Crezelius § 47 Anm. 5 in Verbindung mit § 45 Anm. 1 und Pinzger § 47 Anm. 4 S. 183.

Beschlusses, die zwar im G.m.b.H.-Gesetz nicht vorgesehen ist, jedoch von der Wissenschaft und Rechtsprechung als der Rechtslage entsprechend anerkannt ist.[67]) Zur Erhebung der Klage ist aber nur derjenige berechtigt, der zur Zeit der Klageerhebung Gesellschafter ist, und da in unserem Fall der beschließende Gesellschafter auch der einzige Gesellschafter ist, so ist niemand da, der die Klage erheben würde. Ein später eintretender Gesellschafter würde aber regelmäßig zur Erhebung der Klage nicht berechtigt sein.[68])

[67]) Brodmann § 47 Anm. 4 S. 184; Crüger-Crezelius § 45 Anm. 1 S. 244; RG. 104/161.

[68]) Brodmann § 47 Anm. 4 S. 184; Hachenburg § 47 Anm. 26 a. E. und LZ. 1907 Sp. 472.

Zweiter Teil.

Ausschaltung des § 181 BGB. durch Bestellung eines Unterbevollmächtigten.

§ 6.

a) Hinweis auf den Zweck der Untersuchung.

Es kann nun für einen Geschäftsführer sehr umständlich und zeitraubend sein, wenn er bei jedem Geschäft, das er mit seiner G.m.b.H. abschließen will, erst die ausdrückliche Ermächtigung zum Selbstkontrahieren oder die nachträgliche Genehmigung des schon geschlossenen Vertrages durch die Gesellschafter einholen muß, zumal wenn es sich um große Gesellschaften handelt. Im Interesse der Leichtigkeit des Rechtsverkehrs wäre es daher wünschenswert, wenn die Vorschrift des § 181 BGB. in juristisch unbedenklicher Weise ohne nachteilige Folgen für die G.m.b.H. umgangen werden könnte. Ein Weg soll im folgenden für die Gesellschaften, die mehrere nur zur gemeinschaftlichen Ausübung der Vertretungsmacht befugte Geschäftsführer hat, gezeigt werden: Die Kollektivvertreter können einem oder einigen von ihnen für den Abschluß des einen Geschäfts Vollmacht erteilen, so daß der Geschäftsführer, der mit der G.m.b.H. kontrahieren will, für dieses Mal von der Vertretungspflicht entbunden wird und somit den Abschluß des Geschäfts vornehmen kann, ohne gegen § 181 BGB. zu verstoßen.

b) Die Ausübung der Kollektivvertretung und die Zulässigkeit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten im allgemeinen.

In Wissenschaft und Praxis ist man sich stets darüber einig gewesen, daß ein strenges Festhalten an der gesetzlichen Vorschrift der Kollektivvertretung nicht erforderlich ist. Ein Formalismus, der verlangte, daß jeder Geschäftsführer bei jedem Vertragsschluß mit einem Dritten persön-

lich zugegen sein muß, würde den Rechtsverkehr außerordentlich erschweren. Man denke nur an eine zeitweilige Behinderung eines der Kollektivvertreter oder an die telefonische Uebermittlung einer Willenserklärung. Deshalb ist es gestattet, daß nur ein Teil der Geschäftsführer nach außen handelnd auftritt, während die übrigen Geschäftsführer ihre Zustimmung erteilt haben bezw. nachträglich ihr Einverständnis erklären, so daß intern sämtliche Geschäftsführer bei der Erklärung mitwirken, wie § 35 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz es verlangt. Dieser im Handelsverkehr üblich gewordene Brauch hat seine gesetzliche Bestätigung in den Rechtsgedanken der §§ 125 Abs. II, Satz 2 und 232 Abs. II, Satz 2 HGB. gefunden.[1]) Im Anschluß an diese Bestimmungen, die für die G.m.b.H. analog angewandt werden dürfen, da die G.m.b.H. ihrer ganzen Art nach zwischen der OHG. und der AG. steht, wird es jetzt sogar allgemein für zulässig erklärt, daß die vorherige Ermächtigung nicht dem Vertragsgegner angezeigt zu werden braucht, sondern nur dem Geschäftsführer gegenüber erklärt sein muß.[2]) Doch hat das für unsere Betrachtung keine Bedeutung, da der Vertragsgegner zugleich Geschäftsführer ist und somit notwendig bei der Ermächtigung eines anderen zugegen sein muß.[3])

Ermächtigung, wie auch nachträgliche Genehmigung des nur von einem Teil der Geschäftsführer abgeschlossenen Vertrages kann auch stillschweigend, durch ein Verhalten, das als Genehmigung bezw. Ermächtigung zu deuten ist (konkludente Handlung), erteilt werden. Das ist in Literatur und Rechtsprechung[4]) anerkannt und für Vertreter einer G.m.b.H. unter Hinweis auf die Rechtsgedanken der §§ 157 BGB. und 346 HGB. besonders betont. Die G.m.b.H. gilt nämlich gemäß § 13 Abs. II G.m.b.H.-Gesetz als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB. und unterliegt

---

[1]) Vgl. dazu Hachenburg § 35 Anm. 16—18; Liebmann-Saenger § 35 Anm. 11; auch Manigk 1922 S. 902 / 903.

[2]) RG. 81/329.

[3]) Aus demselben Grunde braucht auf die Streitfrage nicht eingegegangen zu werden, ob auch die nachträgliche Genehmigung ein reines Internum der Gesellschaft bleiben darf oder den Vertragsgegnern gegenüber erklärt werden muß.

[4]) Hachenburg § 35 Anm. 17; insbesondere RG. 75 S. 419 ff. und OLG. Hamburg in LZ. 1912 S. 569 Nr. 4.

daher gemäß § 6 HGB. den Vorschriften über Kaufleute. Es gelten für sie also auch die im Handelsverkehr üblichen Sitten, „wonach im Falle des Nicht-Einverständnisses mit den fraglichen Vereinbarungen eine unverzügliche Mitteilung geboten ist“.[5]) Gilt dies für den Verkehr der Geschäftsführer mit Kaufleuten, so darf man auch annehmen, daß die Geschäftsführer unter sich, obwohl sie in ihrer Eigenschaft als solche keine Kaufleute sind, da sie kein Handelsgeschäft im eigenen Namen betreiben, die im Handelsverkehr üblichen Sitten beachten müssen, jedenfalls insoweit, als sie unter sich in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer in einer die Gesellschaft betreffenden Angelegenheit tätig werden.

Die Ermächtigung ist eine Bevollmächtigung des oder der Geschäftsführer, die tätig werden sollen, zum Abschluß des betreffenden Geschäfts. Eine solche Vollmacht darf immer nur für ein bestimmtes Geschäft oder eine ganz bestimmte Art von Geschäften erteilt werden. Keinesfalls darf auf diese Weise die Kollektivvertretung allgemein aufgehoben werden.

Die Vollmachterteilung kann sowohl von dem Geschäftsführer, der von der Vertretungspflicht entbunden sein will, als auch von der G.m.b.H., vertreten durch ihre Geschäftsführer, ausgehen. Im ersten Falle bestellt ein Geschäftsführer einen oder mehrere andere zu seinen unmittelbaren Stellvertretern, die dann kraft eigener Vollmacht und gleichzeitig im Namen des nicht tätig werdenden Geschäftsführers die Gesellschaft vertreten. Im anderen Falle werden die Bevollmächtigten nicht Vertreter des Geschäftsführers, sondern bleiben unmittelbare Vertreter der G.m.b.H. und werden also Unterbevollmächtigte, die der G.m.b.H. von deren ständiger Vertretung, der Geschäftsführer-Gemeinschaft, bestellt sind und sie bei dem einen Geschäft unter Ausschaltung der ständigen Vertreter als Spezialbevollmächtigte vertreten sollen. Bei ihrer Bevollmächtigung müssen alle Kollektivvertreter ausdrücklich oder stillschweigend mitwirken, da es sich dabei um eine Vollmachterteilung im Namen der Gesellschaft handelt. Es müssen demnach auch diejenigen, denen Vollmacht erteilt

[5]) RG. 75,426; auch RG. 54,180. Das ist auch im § 362 HGB. anerkannt.

werden soll, bei ihrer eigenen Bevollmächtigung mitwirken.[6]) Das Selbstkontrahieren, das darin liegt, ist aber nach allgemeiner Auffassung durch §§ 125, 232 HGB. gesetzlich gestattet, so daß das Verbot des § 181 BGB. nicht wirksam wird. Man stützt sich dabei auf die Motive zum HGB.[7]) Es wird dort ausdrücklich auf den formellen Verstoß gegen den § 181 BGB. hingewiesen und weiter ausgeführt: „Es besteht nun aber unleugbar ein Bedürfnis, Ausnahmen von der Notwendigkeit des gemeinsamen Handelns sämtlicher vertretungsberechtigter Gesellschafter zuzulassen, auch wenn die Gesamtvertretung als allgemeine Regel im Gesellschaftsvertrag angeordnet ist.“[8])

Zum Zwecke der Ausschaltung des § 181 BGB. kommt lediglich eine vorherige Bevollmächtigung in Frage, da die nachträgliche Genehmigung eines von dem Geschäftsführer mit sich selbst abgeschlossenen Vertrages einer Gestattung im Sinne des § 181 gleichkommen würde, die, wie im ersten Teil der Arbeit dargelegt, bei Kollektivvertretung nur von den Gesellschaftern ausgesprochen werden darf. Die Bevollmächtigung darf auch nur in der Weise erfolgen, daß die handelnden Geschäftsführer als Spezialbevollmächtigte der Gesellschaft auftreten und nicht etwa kraft eigener Vollmacht und zugleich im Namen des durch § 181 behinderten Geschäftsführers. Es kann nicht für zulässig erachtet werden, daß ein Geschäftsführer sich selbst einen Vertreter bestellt (und das würden in diesem Falle die anderen Geschäftsführer ja sein), um mit diesen das Geschäft abzuschließen. Hier ist die analoge Anwendung des § 181 BGB. geboten. Formell kontrahiert er zwar nicht mit sich selbst, aber die Sache liegt in Wirklichkeit nicht anders, „als wenn er mit seinem alter ego abschließt“, wie Riehl[9]) sich ausdrückt.[10])

---

[6]) Ob auch Fremde als Unterbevollmächtigte ohne ausdrückliche Genehmigung der G.m.b.H. bestellt werden dürfen, ist fraglich. Siehe darüber Manigk JW. 1922 S. 902 / 903 und S. 39 der Arbeit.

[7]) Denkschrift a. a. O. S. 98.

[8]) Vgl. auch RG. 81/328.

[9]) In LZ. 1925 S. 807.

[10]) RG. 108/407; OLG. Rechtspr. 7 S. 7; KG. 37/242 OLG. Kolmar in DJZ. 1909, S. 1336; Staub Anh. zu § 58 Anm. 34; Oertmann § 181 Anm. 3a. A. A. v. Tuhr § 84 zu Anm. 245 und in eingehender Abhandlung Fülster § 22, S. 87 ff.

§ 7.

Die Zulässigkeit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten zur Vermeidung des Selbstkontrahierens.

Es ergeben sich aber Bedenken, ob der Geschäftsführer, der durch § 181 BGB. an der Ausübung der Vertretungsmacht behindert ist, an der Bevollmächtigung anderer Personen zum Abschluß eines Geschäftes, das mit ihm abgeschlossen werden soll, mitwirken darf, oder ob hierdurch der § 181 in unzulässiger Weise umgangen wird. Die Frage der Zulässigkeit der Bestellung eines Unterbevollmächtigten für diesen Fall ist lebhaft umstritten und bedarf einer eingehenden Untersuchung.

Die Meinungsverschiedenheit beruht auf dem Gegensatz der Ansichten über die Bedeutung des Verbots des Selbstkontrahierens, ob nämlich § 181 BGB. nur den Fall treffen will, der darin umschrieben ist, wo der Geschäftsabschluß von nur einer Person („in sich") getätigt wird, oder auch überall da anzuwenden ist, wo die Möglichkeit einer Interessenkollision und Vernachlässigung der Interessen des Vollmachtgebers zu befürchten ist.

a) Die verschiedenen Ansichten in der Literatur.

Vom Gesichtspunkt des Interessenschutzes ausgehend, verwerfen einige Schriftsteller ein für alle Male die Zulässigkeit des Geschäftsabschlusses mit einem Unterbevollmächtigten, gleichgültig, ob dieser unmittelbarer Bevollmächtigter des Vertreters oder des ersten Vollmachtgebers ist, unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß diese Fälle von § 181 BGB. direkt nicht betroffen werden. Sie befürworten also stets eine analoge Anwendung des Gesetzes.

So heißt es bei Endemann,[11]) daß die Stellung des Unterbevollmächtigten in solcher Abhängigkeit von der Entscheidung des ersten Bevollmächtigten stehe, „daß im Sinne des § 181 auch ein Vertrag beider miteinander gegen das Gesetzesverbot verstößt". Auch Wenz[12]) läßt das Kontrahieren mit einem Substituten nicht zu: „Das würde, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Zwecke des

---

[11]) A. a. O. § 80 Ziff. 5, Anm. 31.
[12]) LZ. 1908 Sp. 367 ff. (370/371).

§ 181 BGB. widersprechen.“ Ebenso sagt Brodmann[13]) speziell für den Geschäftsführer einer G.m.b.H., daß ein in der Weise vorgenommener Geschäftsabschluß „der Vereitelung des Gesetzes Tor und Tür öffnet.“ Aehnlich drückt sich Levy[14]) aus in der Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts (RG. 108 / 405): § 181 stände auf dem Papier, wenn jeder Vertreter ihm dadurch ausweichen könnte, daß er sich (in welcher Absicht auch immer) durch Bestellung eines Unterbevollmächtigten einen Doppelgänger schaffen könnte, und stützt seine Ansicht auf den sich aus der Entwickelungsgeschichte des § 181 klar ergebenden Zweck des Verbots, den Vertretenen vor Schädigungen durch den entgegengesetzt interessierten Vertreter zu schützen.

Den gleichen ablehnenden Standpunkt vertreten auch Feine[15]) und Düringer-Hachenburg[16])[17]), und für den Prozeßvertreter Hellwig.[18])

Eine Reihe anderer Schriftsteller sieht in dem Kontrahieren mit einem Unterbevollmächtigten, der unmittelbar im Namen des ersten Vollmachtgebers handelt, keinen Verstoß gegen § 181. Ohne näher auf das Problem einzugehen, stellen Dernburg,[19]) Kohler,[20]) Biermann, [21]) Warneyer,[22]) Siméon-David[23]) und Löwenwarter [24]) die Zulässigkeit eines in dieser Weise vollzogenen Geschäftsabschlusses fest.[25])

v. Tuhr[26]) bejaht die Zulässigkeit sowohl bei mittelbarer als auch bei unmittelbarer Substitution und begründet seinen Standpunkt damit, daß maßgebend nur der „Inhalt

---

13) A. a. O. § 37 Anm. 5.
14) JW. 1925, S. 240.
15) In Ehrenbergs Handb. § 35b I, Ziff. 8 (S. 491).
16) A. a. O. Bd. I Vorbem. vor § 48 Anm. 12.
17) Vgl. dazu auch Urban S. 58; Hanke S. 62 u. 63.
18) A. a. O. § 122a zu Anm. 9 (S. 368).
19) A. a. O. I. Bd. § 165 Anm. 13 (S. 480).
20) A. a. O. § 221, S. 497.
21) § 77 S. 286 oben.
22) § 181, Abs. II zu Anm. 41.
23) § 32 Anm. 11.
24) A. a. O. § 181.
25) So auch Dopatka § 35 Anm. 11 a. E.
26) § 84 zu Anm. 215 S. 368.

der Gesetzesvorschrift“ sei, und daß, „wenn der Gesetzgeber dem Vertreter alle Rechtsgeschäfte hätte verbieten wollen, bei denen er in eine Interessenkollision mit dem Vertretenen gerät,“ der § 181 anders gefaßt worden wäre. Auch beruft er sich darauf, daß „das Gesetz in bestimmten Fällen (§§ 1795, 456 ff.) zur Vermeidung von Interessenkonflikten die Vertretungsmacht über das Maß des § 181 hinaus beschränkt habe“. Für den Fall einer die Interessen des Vertretenen verletzenden Handlungsweise des Vertreters verweist er den Geschäftsherrn auf den Anspruch auf Schadensersatz.[27])

In ähnlicher Weise verkennt auch Rosenthal[28]) nicht die Gefahr betrügerischen Zusammenwirkens des Vertreters mit dem Unterbevollmächtigten. Doch, sagt er, zwinge sie nicht zur Anwendung des § 181, da eine solche Gefahr stets vorliege. Er will dem Vertretenen mit der Einrede der Arglist aus § 826 BGB. helfen.

Auch Oertmann[29]) spricht sich gegen die Anwendung des § 181 aus, wenn der Substitut „in ein unmittelbares Verhältnis zum Vollmachtgeber tritt“. Auch er bezweifelt nicht, daß in einer derartigen Substitution eine Gesetzesumgehung liegen kann, doch wendet er sich dagegen, daß die Gesetzesumgehung im Zweifel unterstellt werde, „daß der erste Vertreter auch den zweiten lenke und instruiere, könne für die hier unterstellte Art der Substitution doch keineswegs ohne weiteres behauptet werden“. Doch spricht sich Oertmann nicht darüber aus, ob er im Falle zweifelloser Gesetzesumgehung eine analoge Anwendung von § 181 befürworten oder Ansprüche aus unerlaubter Handlung durchgreifen lassen will, oder ob er dem Vertretenen wegen der Fassung des § 181 kein Hilfsmittel geben will.[30])

Andere Schriftsteller dagegen wollen nicht alle Fälle gleichbehandelt wissen, es sollen vielmehr die näheren Umstände entscheidend sein, und zwar erklären einige den Geschäftsabschluß mit einem Substituten grundsätzlich für

---

[27]) Zu Vorstehendem § 84 zu Anm. 202 u. 205.

[28]) Rosenthal Anh. zu § 181.

[29]) Oertmann § 181 Anm. 3a.

[30]) Leider läßt Fülster die Frage nach der Anwendbarkeit des § 181 bei dem Geschäftsabschluß mit einem Substituten in seiner eingehenden Darstellung der die Untervollmacht betreffenden Probleme offen. Siehe S. 93 oben.

zulässig und befürworten nur in Ausnahmefällen eine analoge Anwendung von § 181 BGB., während andere ihn grundsätzlich für unzulässig erklären und nur in ganz bestimmt gelagerten Fällen eine Ausnahme anerkennen.

So sagt Enneccerus,[31]) daß derartige Geschäfte wegen der völlig klaren und wegen ihrer Bestimmtheit leicht anwendbaren engeren Fassung des § 181, die nicht ohne Grund gewählt zu sein scheine, nur bei Vorliegen von Kollision nichtig seien. Planck[32]) glaubt, daß der Zweck dieses § 181 eine Ausdehnung des in ihm ausgesprochenen Verbots nicht erfordere und daß man nur „unter besonderen Umständen ein in fraudem legis agere finden könnte". Für eine weitherzige Auslegung des § 181 setzt sich auch Soergel[33]) ein, „die aber da eine Grenze findet, wo ein Handeln in fraudem legis offenbar wird". Durch Ermittelung des Sachverhalts im einzelnen Falle sei aufzuklären, ob nicht die Erteilung der Untervollmacht ein Umgehungsgeschäft darstelle, das darauf abziele, die durch § 181 auferlegte Beschränkung der Vertretungsmacht wegen Interessenwiderstreites zu durchbrechen und durch eine vorgeschobene Person den Rechtserfolg zu erreichen, der ohne deren Dazwischentreten nicht erreichbar war. Derselben Ansicht ist auch Staub.[34])

Auch Staudinger macht die Entscheidung von den Tatumständen abhängig. Auch er erkennt an,[35]) daß nach dem Wortlaut kein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt, doch unterstellt er eine beabsichtigte Umgehung des § 181 als Regelfall und kommt so zu dem Ergebnis: „Regelmäßig wird Unzulässigkeit anzunehmen sein." Von derselben Vermutung geht der Reichsgerichtsrätekommentar aus.[36]) In Wahrheit handele es sich regelmäßig um eine mit der Erteilung der Untervollmacht beabsichtigte Umgehung des Gesetzes, und das auf dieser Grundlage vorgenommene Rechtsgeschäft könne keine größere Wirksamkeit haben, als ein unmittelbarer den Tatbestand des § 181 erfüllendes. „Für die Regel sei die Zulässigkeit zu verneinen, nur

---

[31]) Enneccerus § 168 Anm. 12 S. 463.
[32]) Planck § 181 Anm. 1d.
[33]) Soergel § 181, Anm. 5.
[34]) Staub Anhg. zu § 58 Anm. 34; im Gegensatz zur 8. Aufl. Anm. 12
[35]) Staudinger § 164 Anm. 8; § 181 Anm. 3.
[36]) A. a. O. § 181.

wenn die Umstände keinen Anhalt für die Absicht einer Gesetzesumgehung böten, sei anders zu entscheiden. Eine unmittelbare Anwendung des § 181 verneint der Kommentar deshalb, weil die Gefahr widerstreitender Interessen, der er vorbeugen wolle, nicht genüge, seine Anwendung zu rechtfertigen."

Besonders eingehend haben sich Predari und Kiehl mit der hier zur Eröterung gestellten Frage befaßt; beide kommen zu dem Ergebnis, daß zwar die einzelnen Umstände entscheidend sein müssen, daß aber regelmäßig die Zulässigkeit eines solchen Geschäftsabschlusses zu verneinen sei.

Predari[37]) tritt für eine direkte Anwendung des § 181 ein. Er geht davon aus, daß der Gesetzgeber in Anbetracht der Gefahr einer Interessenverletzung eine „allgemeine Schutzvorschrift gegen den Mißbrauch der Vertretungsmacht" habe schaffen wollen, „wie er immer dann zu befürchten ist, wenn ersichtlich die Rechtshandlung des Vertreters auf dessen eigene Interessen übergreift".[38]) Da nun das Gesetz keinen Anhalt bietet, daß es lediglich „den Akt des Zustandekommens des Geschäfts habe treffen, Vorgänge aber, die außerhalb dieses Gebietes liegen, auch dann habe zulassen wollen, wenn sie dem Selbstkontrahieren gleichartig oder gleichwertig sind,"[39]) befürwortet Predari eine weite Ausdehnung des § 181; regelmäßig wolle der Vertreter den Abschluß mit sich selbst durch Einfügung eines Hilfsvertreters vermeiden und verstoße dadurch in Wahrheit gegen das Verbot des § 181. Die Ermittelung im einzelnen Falle müsse ergeben, ob ein Handeln in fraudem legis vorliege.

Kiehl[40]) dagegen verwirft eine direkte Anwendung von § 181 und beschränkt sich auf die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung. Er geht davon aus, daß § 181 selbst nicht auf die zugrundeliegenden Interessen bezogen werden könne, daß sein ersichtlicher Zweck der sei, schon einer bloß möglichen Gefährdung des Vertretenen vorzubeugen, jedoch müsse die Erörterung unseres Problems auf

---

[37]) Gruchots Beiträge 63 / 675 ff.

[38]) A. a. O. S. 684.

[39]) A. a. O. S. 683.

[40]) LZ. 1925 Sp. 807 ff.

jenem Zweckgedanken aufgebaut werden.[41]) Falls und insoweit mit der Möglichkeit ohne weiteres zu rechnen sei, daß das Interesse des Vollmachtgebers gefährdet sein könnte, sei auch dem Rechtsgedanken des Gesetzes Folge zu leisten, „und zwar in dem Sinne, daß dem Bevollmächtigten die Ermächtigung, ein für den Vollmachtgeber sofort wirksames Rechtsgeschäft in der angegebenen Weise abzuschließen, abzusprechen sei," und es bestehe auch genügend Anlaß, in diesem Falle mit der Möglichkeit einer Interessengefährdung von vornherein zu rechnen, da viel dafür spräche, daß der Vertreter die Vertretungsbefugnis auf eine Persönlichkeit übertrage, mit der er schon in Beziehungen stehe. Der entsprechenden Anwendbarkeit sei grundsätzlich das Wort zu reden, doch sei eine entsprechende Anwendung dann ausgeschlossen, wenn ein ausreichendes Indiz gegen das Vorliegen einer Interessengefährdung spreche.[42]) Nach Kiehl besteht in den Fällen, die unmittelbar unter das Verbot des § 181 fallen, eine unwiderlegbare Rechtsvermutung der Interessengefährdung, in den nur ähnlich liegenden Fällen eine widerlegbare Vermutung.

b) Die Stellungnahme der Gerichte.

Das Reichsgericht wendet grundsätzlich den § 181 BGB. nicht an, wenn der Vertreter mit einem Unterbevollmächtigten, der unmittelbar den Machtgeber vertritt, ein Geschäft im eigenen Namen abschließt. Diesen Standpunkt haben sowohl der zweite wie auch der fünfte Senat in Entscheidungen aus den Jahren 1922 und 1924[43]) klar zum Ausdruck gebracht. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß sie sagen: „§ 181 könne nur auf die Art des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts, nicht auf die zugrundeliegenden Interessen bezogen werden. Nicht das Vorhandensein widerstreitender Interessen hindere nach § 181 die Vollwirksamkeit des Vertrages, sondern lediglich der Umstand, daß verschiedene und einander entgegenstehende Interessen ein und denselben Vertreter gefunden hätten."[44]) Bei Vor-

---

[41]) A. a. O. Sp. 810.

[42]) A. a. O. Sp. 811/813.

[43]) RG. 103/417 ff. = LZ. 1922 Sp. 192; RG. 108 S. 406 ff. = JW. 1925 S. 240 Nr. 27.

[44]) RG. 108 S. 406.

liegen einer pflichtverletzenden und schädigenden Handlungsweise des Vertreters und bei offensichtlich beabsichtigter Umgehung der Gesetzesvorschrift durch Einschiebung einer Mittelperson will das Reichsgericht einen Anspruch aus § 826 BGB. geben.

Doch die Rechtssprechung des Reichsgerichts ist nicht ganz einheitlich. Im Jahre 1913 hatte der fünfte Senat einen Fall zu entscheiden,[45]) bei dem es sich um den notariellen Abschluß eines Grundstücks-Kaufvertrages handelte. Eine Güterbank (Klägerin) hatte, vertreten durch zwei Vorstandsmitglieder W. und C., mit dem Beklagten über den Verkauf eines einem Sch. gehörenden Grundstückes, das die Bank in Sch.s Namen verkaufen sollte, verhandelt, und die Parteien hatten sich insoweit geeinigt, daß der Beklagte, der Käufer, bis zu einem bestimmten Termin an den Vertragsvorschlag gebunden sein sollte, während die Bank sich ihre endgültige Einwilligung noch vorbehalten hatte. Der Käufer hatte die vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder der Bank, und zwar jedes für sich allein, bevollmächtigt, unter den vereinbarten Bedingungen den notariellen Kaufvertrag abzuschließen. Von dieser Bevollmächtigung machten C. und W. Gebrauch und schlossen den Vertrag in der Weise, daß C. auf Grund der ihm von der Klägerin (Bank) erteilten Generalvollmacht die Klägerin vertrat, und W. erklärte, daß er für die Klägerin als Bevollmächtigte des Beklagten in Gemäßheit der Vollmacht auftreten wolle. In diesem Falle vertraten also beide Vorstandsmitglieder die Bank: C. vertrat die Bank und verkaufte im Namen des Sch., und W. vertrat die Bank und kaufte im Namen des Beklagten. Hier erklärte das Reichsgericht § 181 für anwendbar, da das Verfahren nur gewählt sei, um den äußeren Anschein zu erwecken, als läge ein Fall des § 181 nicht vor, beide Vorstandsmitglieder würden aber nur im Interesse der Bank handeln. Interessant ist an der Entscheidung, daß das Reichsgericht sich in den Gründen auf den Zweck des Verbots stützt und nicht etwa „die Art des Zustandekommens“ entscheidend sein läßt. Es heißt dort: „Beruht nun das Verbot des Verhandelns mit sich selbst gerade auf der Erwägung, daß die Interessen der am Rechtsgeschäft Beteiligten einander

---

[45]) RG. Warn. 1913 Nr. 396 = Gruchots Beiträge Bd. 58 S. 176 ff.

widerstreiten, dann liegt es auf der Hand, daß auch das vorliegende, von der Klägerin gewählte Verfahren als ein unzulässiges zu erachten ist, mag auch eine Form gewählt sein, die die Unzulässigkeit verdecken sollte."[46])

Auch das Kammergericht hält Geschäftsabschlüsse mit einem Unterbevollmächtigten für zulässig. Es sagt, daß zwar das Verbot des Selbstkontrahierens seine Aufnahme in das Gesetz der Erwägung zu verdanken habe, daß „das Kontrahieren mit sich selbst stets die Gefahr des Konfliktes der Interessen enthalte". Doch nicht allein schon das Vorhandensein einer Interessenkollision sei maßgebend, sondern der Umstand, daß verschiedene entgegenstehende Interessen der Vertragschließenden ein und denselben Vertreter gefunden haben.[47]) Diese Entscheidung wurde in einer Anmerkung zu der Veröffentlichung in der OLG.-Rechtsprechung angegriffen mit dem Hinweis auf den vom Gesetzgeber für notwendig erachteten Schutz des Vertretenen. Die Interessenkollision würde durch das Vorhandensein von zwei Personen nicht aufgehoben, es sei denn, daß ein von dem ersten Bevollmächtigten unabhängiger Vertreter bestellt würde, denn andernfalls sei der Wille des Substituten unselbständig, der Substitut sei nur Strohmann.

In späteren Entscheidungen hat das Kammergericht an seiner Rechtsprechung festgehalten und ist in einem Beschluß aus dem Jahre 1905[48]) auf die oben erwähnten Angriffe eingegangen. Es weist darauf hin, daß man zwischen Willen und Willensmotiv unterscheiden müsse: „Der erklärte Wille ist nicht weniger der Wille des Erklärenden, weil letzterer in seiner Entscheidung durch einen anderen beeinflußt ist, ja, sogar wenn der Wille durch Drohung beeinflußt ist, ist die Willenserklärung nicht ohne weiteres nichtig, sondern nur anfechtbar (§ 123 BGB.)." Auch dürfe man nicht in jedem Falle eine Willensbeeinflussung praesumieren, die auch bei direkter Bestellung eines weiteren Vertreters durch den Vertretenen möglich sei.[49])

Auch die in ähnlichen Fällen ergangenen Entscheidungen anderer Obergerichte sprechen sich gegen die Anwendung

---

[46]) So auch RG. 56/104 ff.

[47]) KG. 26 A 102 = OLG.-Rspr. Bd. 7 S. 6 ff.

[48]) KG. 30 A 158 ff. = DJZ. 1905 S. 1124.

[49]) Vgl. auch KG. 37 A 241; OG.-Rspr. 11, 395 ff. 22 S. 179.

von § 181 aus. So sagt das Oberste Landesgericht München,[50]) daß die bloße Möglichkeit pflichtwidrigen Verhaltens nicht in Betracht kommen könne, da eine solche Möglichkeit bei jedem Rechtsgeschäft bestehe, das von einem Vertreter mit einem anderen vorgenommen wird. Ebenso das OLG. Kolmar,[51]) das früher den entgegengesetzten Standpunkt vertreten hatte.[52])

Auch die anscheinend anders lautende Entscheidung des OLG. Dresden[53]) entspricht ganz der Rechtsprechung der anderen Gerichte. Der Geschäftsführer einer G.mb.H., F., war zum Liquidator einer zweiten G.m.b.H. bestellt worden und hatte nun den Kaufmann R. sich zum Stellvertreter bei den Abtretungsgeschäften bestellt. R. hatte nun im Namen des F. namens der G.m.b.H. i. L. an F. als Vertreter der ersten G.m.b.H. eine Forderung abgetreten. Hier war R. unmittelbarer Vertreter des F. und nicht unmittelbarer Vertreter der G.m.b.H. i. L., so daß auf das von ihm mit F. getätigte Geschäft § 181 analog anzuwenden war.

c) Eigene Stellungnahme zu dem Problem im allgemeinen.

Nach meiner Ansicht werden die Geschäfte, die ein Vertreter im eigenen Namen mit einem Unterbevollmächtigten vornimmt, von § 181 BGB. unmittelbar nicht betroffen. § 181 behandelt den ganz bestimmt gelagerten Fall, wo ein Rechtsgeschäft durch das Mitwirken nur einer Person zustande kommt, und die klare Fassung des Gesetzes läßt eine Ausdehnung auf Fälle, wo tatsächlich zwei Personen handeln, nicht zu, obwohl eine große Aehnlichkeit des Tatbestandes nicht geleugnet werden kann. Darin ist der Rechtsprechung und den Schriftstellern, die den Standpunkt der Gerichte teilen, unbedingt zuzustimmen. Doch kann man m. E. dem Reichsgericht nicht folgen, wenn es sagt: „Nicht das Vorhandensein widerstreitender Interessen hindert nach § 181 die Vollwirksamkeit des Vertrages, sondern lediglich der Umstand, daß verschiedene und einander entgegenstehende Interessen ein und denselben Ver-

[50]) Seuffert Arch. 62, Nr. 115.
[51]) DJZ. 1909 S. 1336.
[52]) DJZ. 1903 S. 204.
[53]) Seuffert Arch. 70 Nr. 236.

treter gefunden haben."[54]) Gerade die Interessenkollision, die notwendig dann vorliegen muß, wenn der Vertreter ein In-sich-Geschäft abschließt, war doch der Grund für das Verbot des Selbstkontrahierens. Zwar braucht das Vorliegen der Interessengefährdung nicht ausdrücklich festgestellt zu werden, wenn der Vertreter mit sich selbst kontrahiert hat, doch ist daraus nicht zu folgern, daß nicht das Vorhandensein widerstreitender Interessen die Wirksamkeit des Vertrages hindere. Es ist im Gegensatz zum Reichsgericht zu sagen: Allein die Interessenkollision, die beim eigentlichen Selbstkontrahieren immer vorliegt, hindert die Vollwirksamkeit des Vertrages.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das hier zu behandelnde Problem zu betrachten. Es kann sich aber nur darum handeln, ob eventuell eine analoge Anwendung des § 181 zu empfehlen ist. In Wissenschaft und Rechtsprechung ist anerkannt, daß gegen eine entsprechende Heranziehung von Gesetzesvorschriften bei der Beurteilung von dem gesetzlichen Tatbestand analogen Fällen nichts einzuwenden ist, wenn sie in einer dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Weise erfolgt und im Rechtsschutzinteresse erwünscht ist. Ich verweise an dieser Stelle auf meine im ersten Teil der Arbeit[55]) gemachten Ausführungen über den Sinn des § 181 und betone nochmals, daß bei der Prüfung der Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 181 ratsam ist, auf den dem Gesetz zugrundeliegenden Gedanken des Interessenwiderstreites zurückzugreifen und § 181 insoweit analog anzuwenden ist, als eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen zu befürchten ist. Zwar ist es theoretisch richtig, daß absichtliche Umgehung des Gesetzes und Mißbrauch der Vertretungsmacht auch zur Anwendung des § 826 BGB. berechtigen, so daß die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift, die, was nicht verkannt werden soll, Gefahren in sich birgt, vermieden werden könnte. Doch würde das praktisch eine wesentliche Verschlechterung der Rechtslage des Geschädigten bedeuten; es sei hier nur auf die Ausführungen Kiehls[56]) über die Beweislast hingewiesen.

---

[54]) RG. 108/406 ff.

[55]) Siehe oben S. 5.

[56]) LZ. 1925 Sp. 814/815.

Da nun das Kontrahieren eines Vertreters im eigenen Namen mit einem Unterbevollmächtigten ohne Zweifel sehr viel Aehnlichkeit mit den In-sich-Geschäften eines Vertreters hat, und auch eine Gefährdung der Interessen des ersten Vollmachtgebers, wenn auch nicht in allen Fällen, so doch sehr häufig zu befürchten ist, wird man gerechter und zweckmäßiger urteilen, wenn man den § 181 BGB. analog anwendet, falls und soweit es der dem Verbot zugrundeliegende Zweckgedanke erfordert. Es wäre zu weitgehend, wollte man ein für alle Male in dem Kontrahieren mit einem Unterbevollmächtigten eine Interessengefährdung sehen. Auch die Persönlichkeit des Unterbevollmächtigten muß berücksichtigt werden, ob er dem Vertretenen oder dem Hauptbevollmächtigten persönlich nahe steht, oder ob er schon früher zur Vertretung des Geschäftsherrn herangezogen worden ist. Auch die Gründe, die den Vertreter zur Umgehung des Verbots veranlaßt haben, können von Wichtigkeit für die Beurteilung sein und können die tatsächlich beabsichtigte Gesetzesumgehung in milderem Licht erscheinen lassen. Es kann also denen nicht beigetreten werden, die die Frage definitiv im bejahenden oder verneinenden Sinne entscheiden wollen. Entscheidend können allein die Umstände des konkreten Falles sein.

Ob man nun sagt, grundsätzlich ist das Verhandeln mit einem Unterbevollmächtigten zulässig und nur in Ausnahmefällen verboten, oder umgekehrt, hängt von der persönlichen Einstellung des Urteilenden zu der Persönlichkeit eines Stellvertreters überhaupt ab. Wer die Fälle von Geschäften des Vertreters mit dem Vollmachtgeber nur mit großer Skepsis betrachtet, wird das Verhandeln mit einem Unterbevollmächtigten nur ausnahmsweise gestatten. Wer aber im allgemeinen unlautere Machenschaften des Vertreters nicht vermutet, wird nur in Ausnahmefällen das Verbot durchgreifen lassen. Von Bedeutung ist die Einstellung dafür, welche Partei das Vorliegen eines Ausnahmefalles zu beweisen haben wird. Im ersten Fall wird derjenige, der das Geschäft für wirksam erklärt, den Ausnahmefall zu beweisen haben, im zweiten Fall dagegen derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit beruft.

§ 8.

Schlußfolgerungen für die Geschäftsführer einer G.m.b.H.

Wendet man das Ergebnis auf die Geschäftsführer einer G.m.b.H. an, so wird man unterscheiden müssen: Ist der Unterbevollmächtigte ein Außenstehender oder ist er selbst Geschäftsführer — und hat die G.m.b.H. nur einen Geschäftsführer oder hat sie mehrere, die nur zur gemeinschaftlichen Ausübung der Vertretungsmacht befugt sind.

Es kann schon sehr zweifelhaft sein, ob es zulässig ist, daß ein Geschäftsführer einen Außenstehenden mit Untervollmacht ausstattet, vor allem, wenn der Geschäftsabschluß eine Einsicht in die Bücher erfordert oder einen sonstigen Einblick in die Geschäftslage gestattet (z. B. bei Aufnahme eines Darlehns u. a.).[57]) Bestehen aber im einzelnen Falle in dieser Hinsicht keine Bedenken, oder hat die Gesellschafterversammlung allgemein die Bestellung eines Fremden zum weiteren Bevollmächtigten für den Fall der Behinderung des Geschäftsführers gestattet, so wird man die Frage, ob der Geschäftsführer in eigenem Namen mit dem Unterbevollmächtigten den Vertrag schließen darf, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen bejahen dürfen. Es liegt nämlich die Gefahr sehr nahe, daß der Geschäftsführer sich eine ihm genehme Persönlichkeit aussucht, die an einem der Gesellschaft günstigen Geschäft kein Interesse hat und nur zu leicht geneigt ist, dem Geschäftsführer einen Gefallen zu tun. Hier wird man sich die Persönlichkeit des Betreffenden und die näheren Umstände sehr genau ansehen müssen. Eine dem Vertreter günstige Beurteilung wird regelmäßig dann am Platze sein, wenn das Geschäft kein großes Risiko für die Gesellschaft bedeutet, oder wenn die Beschaffung der Gestattung des Selbstkontrahierens durch die Gesellschafter nur unter Ueberwindung unverhältnismäßig großer Hindernisse, wie Zeitverlust und Unkosten möglich ist. Doch ist mit einer derartigen Vollmachtserteilung nur dann zu rechnen, wenn die G.m.b.H. nur einen Geschäftsführer hat.

Sind mehrere Kollektivvertreter vorhanden, so ist die Hinzuziehung eines Fremden nicht notwendig, da, wie oben dargelegt, ein Teil der Geschäftsführer mit Spezial-

---

[57]) Siehe dazu Manigk JW. 1922 S. 902/903.

vollmacht ausgestattet werden kann. In einem solchen Falle aber bürgt die Persönlichkeit des oder der Unterbevollmächtigten dafür, daß die Interessen der G.m.b.H. nicht verletzt werden, denn die Geschäftsführer haben ja auch sonst die Interessen der Gesellschaft zu vertreten, und sie haben regelmäßig kein Interesse daran, zum Nachteil der Gesellschaft und zu Gunsten ihres Geschäftsführer-Kollegen zu verfügen. Im Gegenteil, sie werden bei allem, was sie im Namen der G.m.b.H. tun, darauf sehen, daß es der Gesellschaft zum Vorteil gereicht, da sie ja später der G.m.b.H. Rechenschaft ablegen müssen, und, wenn sie die Interessen der Gesellschaft vernachlässigen, damit rechnen müssen, daß sie ihre Stellung verlieren.

Man wird also sagen dürfen, daß ein Kollektivvertreter mit der von ihm vertretenen Gesellschaft in der Weise ein Geschäft vornehmen kann, daß er mit einem oder mehreren anderen Kollektivvertretern kontrahiert.[58]) Das Verhandeln der Geschäftsführer untereinander, und der Austausch der das Geschäft zum Abschluß bringenden Erklärungen kann sogar als konkludente Handlung für die Erteilung der Spezialvollmacht angesehen werden. So werden zeitraubende Formalitäten vermieden, die Interessen des Vertretenen werden nicht gefährdet und der Rechtsverkehr wird nicht unnötig erschwert.

---

[58]) In ähnlicher Weise (Bevollmächtigung eines Dritten): Hachenburg § 35 Anm. 17a; Liebmann-Saenger § 35 Anm. 11; Pinzger § 35 Anm. 7; Scholz § 35 S. 370; Merzbacher-Krakenberger § 35 Anm. 3; A. A. Neukamp-Becker § 36 Anm. 3.

Lebenslauf.

Am 12. März 1905 wurde ich als Sohn des Landesbankdirektors August Krönig und seiner Frau Lina geb. Melchior zu Münster i. W. geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule bezog ich das staatl. Schillergymnasium und später das städt. Realgymnasium zu Münster, das ich Ostern 1924 mit dem Reifezeugnis verließ. An den Universitäten Münster, München, Berlin und Marburg studierte ich Rechtswissenschaft. Am 28. Juni 1929 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm i. Westf. das Referendarexamen und am 28. Juli 1930 die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit bin ich als Referendar beim Landgericht Münster beschäftigt.

Herrn Gerichtsreferendar Dr. Hans Hilmar Goebel, Arnsberg, möchte ich auch an dieser Stelle für die bereitwillige Unterstützung bei der technischen Fertigstellung dieser Arbeit meinen herzlichsten Dank aussprechen.